

# ARGUMENTACIÓN, MÁXIMAS JURÍDICAS Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA<sup>1</sup>.

Rosa Mentxaka

**Sumario:** 1.- Introducción; 2.- La argumentación de los juristas romanos; 2. 1.- Las formas de argumentación; 3.- Máximas jurídicas y principios generales de derecho; 4.- Máximas jurídicas y unión jurídica europea.

## 1.- INTRODUCCIÓN.

Debo iniciar mi exposición con una confesión pública: el tema que voy a desarrollar en las presentes páginas no entra dentro de lo que podrían considerarse mis especialidades; hasta el momento presente no he investigado en la temática que hoy vamos a tratar y que tiene como hilo conductor las reglas jurídicas; no obstante lo dicho, confío en que esta aproximación resulte de interés. El estudio histórico encuentra ya en sí mismo su propia justificación; si además, como es nuestro caso, en el Derecho Romano<sup>2</sup> descubrimos el origen y, en parte, el fundamento de una cultura, de una tradición jurídica, común a muchos países europeos, cimentada a lo largo de la Edad Media y Moderna, sin la cual no es posible comprender la mayor parte de las codificaciones de derecho privado vigentes, creo que puede ser oportuno un acercamiento al tema de las máximas jurídicas.

Para desarrollarlo, esta exposición se estructura en tres partes: una primera centrada en la argumentación jurídica de los clásicos, otra segunda en la que expondré, de forma muy breve, el devenir histórico de algunas de las reglas jurídicas desde su nacimiento en el mundo romano hasta su actual empleo por nuestros tribunales, en particular el Tribunal Supremo español y, una tercera en la que, también mediante algunos ejemplos concretos, veremos la utilización que los actuales tribunales comunitarios hacen de dichas reglas.

---

1 Este texto reproduce la conferencia que, gracias a la amable invitación de los profesores Rodríguez Ennes y García Camiñas, impartí a alumnos de Derecho de las Universidades de Vigo y de Educación a Distancia en Pontevedra. Para esta publicación le ha añadido un mínimo aparato crítico sin ánimo de exhaustividad; sólo he pretendido informar acerca de unos elementos bibliográficos básicos (preferentemente en lengua castellana por ser ellos más asequibles a los destinatarios naturales de estas páginas: los alumnos) que puedan servir como primera aproximación a quien desee continuar con el estudio de las cuestiones abordadas.

2 Sobre los diversos elementos conformadores de la cultura jurídica europea y el papel del Derecho Romano en ella, todavía sigue constituyendo un punto de referencia la clásica obra de P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4ª ed (München-Berlin 1966). Existe también una versión en castellano: P. Koschaker, *Europa y el derecho romano*. Trad. J. Santa Cruz Teijeiro (Madrid 1955).

## 2.- LA ARGUMENTACIÓN DE LOS JURISTAS ROMANOS.

Voy a iniciar con algunas consideraciones de carácter etimológico. Como se sabe, voces como argumentación o argumento tienen su origen en el verbo *arguere*<sup>3</sup> al que se le atribuye el sentido originario de mostrar, dar a conocer; de origen oscuro, se ha puesto en relación con el sanscrito *arjuna* (=blanco) y con las voces griegas *argés* (=brillante, blanco) y *árgyros* (=plata) que, lógicamente, nos remite al término latino *argumentum*. A su vez, el vocablo *argumentum*, y su derivación castellana, argumento, pueden tener acepciones diversas (p. ej: aportar pruebas, refutación, etc.) entre las que merecen ser mentadas: a.- el razonamiento empleado para demostrar o poner en claro algo; b.- el tema o asunto del que se trata en una obra y c.- en sentido amplio, la forma lógica en la que se expone un tema<sup>4</sup>. De estos tres significados, yo me voy a centrar en el primero; al hablar de la argumentación jurídica quiero incidir en los razonamientos seguidos por los juristas romanos a la hora de fundamentar las respuestas dadas a las cuestiones jurídicas planteadas, que ellos deben “clarificar”.

También deseo puntualizar el espacio temporal en el que me voy a detener. Como es conocido, Roma es un fenómeno histórico de larga vida (más de un milenio), que en el momento de máxima expansión territorial (inicios del siglo II p. C.) tenía unas dimensiones vastísimas y aproximadamente unos 60 millones de habitantes. En este momento, en el Imperio Romano acontecieron muchos de los problemas jurídicos a los que se debe enfrentar una sociedad compleja, y que en alguna medida, revivimos en la actual fase de la construcción europea: una pluralidad de ordenamientos jurídicos en los que se produce una tensión entre certeza formal por un lado y equidad por otro, multiplicitad de las fuentes creadoras del derecho, convivencia de lo que Mitteis denominaba *Volksrecht* y *Reichsrecht*, etc. En este contexto y ante las diversas posibilidades existentes a la hora de optar por el análisis, me voy a limitar a exponer sucintamente las formas de argumentación de la llamada jurisprudencia clásica, considerando como tal la que desarrolló su actividad desde inicios de nuestra era hasta el primer tercio del siglo tercero p. C.

Como es bien conocido, los juristas clásicos<sup>5</sup> no brillaron como teóricos del derecho; la mayor parte de ellos fueron personas inmersas en la vida política de su época. Para ilustrarlo me voy a limitar a señalar como ejemplo un importante jurista del siglo II p. C: *Salvius Iulianus*. Vivió aproximadamente entre los años 100 y 170 p. C., tuvo una brillante carrera política como pretor, cónsul, gobernador de provincias varias y miembro del *consilium* de Adriano y Antonino Pio<sup>6</sup>. Estamos en casi todos los casos, ante juristas dotados de un gran sentido práctico que no pretenden llegar a la formulación de principios abstractos; con carácter casi general, cabe afirmar que los clásicos abandonan el trabajo iniciado por algunos juristas republicanos como Quinto Mucio

---

3 Véase al respecto por ejemplo: K.E. George-H. Georges, *Ausführliches Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch*, 8ª ed, vol 1 (Hannover 1913 = Darmstadt 1995) 566-567; S. Segura Mungía, *Diccionario etimológico latino-español* (Barcelona 1985) 55; A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la langue latine. Histoire des mots*. 4ª ed (Paris 1985) 46.

4 Véase al respecto: *Thesaurus linguae latinae*, vol 2 (*Lipsiae* 1900-1906) 542-554.

5 Una primera aproximación al estudio de los clásicos puede llevarse a cabo de la mano de las obras de: M. Kaser, *En torno al método de los juristas romanos*, Trad. J. Miquel (Valladolid 1964) y F. Schulz, *Principios del Derecho Romano*. Trad. M. Abellán (Madrid 1990).

6 Sobre este jurista se puede consultar por ejemplo: A. Guarino, *Salvius Iulianus* (Catania 1945) = *Labeo* 10 (1964) 364-426; A. M. Honoré, “Julian’s circle”, en *TRG* 32 (1964) 1-44; E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Köln-Graz 1965); Idem, “*Salvius Iulianus*, Leben und Werk”, en *ANRW* 15/2, (Berlin-New York 1976) 408-454; A. Torrent, *Salvius Iulianus* (Salamanca 1971); T. Giaro, “*L. Octavius Cornelius P. Salvius I. Aemilianus*”, en *Der Neue Pauly. Enzyklopädie der Antike*, Vol 6 (Stuttgart-Weimar) 1999 8-9.

Escévola, quien se había planteado superar el casuismo mediante la formulación de reglas de carácter general (*regulae*) inducidas de la práctica. Con base en esta orientación eminentemente práctica y casuística, en la que el jurista romano clásico no perseguía la creación de un sistema jurídico cerrado, no buscaba la abstracción o la fijación de conceptos jurídicos<sup>7</sup>, no nos debe extrañar que se suela atribuir a los juristas clásicos el dominio de un método característico, con el que pretendían llegar a la solución justa en el caso concreto, calificando dicho método como de “examen ponderado del caso”: cuando se encuentran ante una cuestión jurídica tratan de buscar, con gran sensibilidad, los elementos decisivos para su solución. En este acercamiento al caso, ponderan, —de ahí lo de examen ponderado— entre las múltiples circunstancias aquellas que, con base en su fino criterio jurídico, son las más relevantes para llegar a la solución justa, que naturalmente pueden variar en cada caso y diferir bastante de un supuesto a otro.

Y para llegar a esta solución justa el jurista actúa en muchas ocasiones dejándose llevar por la intuición; actualmente estamos bastante alejados de esquemas en los que el sentimiento jurídico juegue un papel relevante: nos interesa la seguridad jurídica y la búsqueda de la solución pasa por cauces racionales al hacer derivar la solución del sistema de normas y conceptos. Por el contrario, los juristas romanos no partían de estos presupuestos sistemáticos sino que su norte les exigía, de una manera intuitiva, encontrar siempre los medios más idóneos para conseguir la solución más adecuada al caso concreto. Y para ello se basaban en un especial sentimiento jurídico acompañado de una rica experiencia y de un conocimiento profundo de la literatura científica elaborada por generaciones pasadas le otorga tal seguridad y aplomo que no se siente en la necesidad, a la hora de anunciar la decisión adoptada, de justificar la misma, de exponer sus motivaciones. Partiendo de estos presupuestos detengámonos ahora en

## 2.1.- Las formas de argumentación<sup>8</sup>.

Como he señalado ya, en muchas de las decisiones de los juristas clásicos que aparecen en las fuentes no hay fundamentación. Este hecho se puede explicar de dos formas: a.- en primer lugar por la depuración a la que fueron sometidos los escritos de los juristas clásicos en el momento en el que fueron seleccionados para formar parte del Digesto y b.- en segundo lugar, al hecho, ciertamente frecuente, de que en muchas ocasiones las soluciones de los casos no tuvieran fundamentación.

Sin embargo, existen suficientes escritos de juristas en los que se argumenta como para poder extraer algunas conclusiones sobre las formas diversas de argumentación seguidas por los clásicos; en este apartado destaca una obra, ya clásica entre los especialistas de Derecho Romano (Franz Horak, *Rationes decidendi*<sup>9</sup>), que conviene

7 Reflexiona sobre la idea de un sistema jurídico en Roma: F. Wieacker, *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana*. Trad. J. L. Linares (Granada 1998); F. Cuenca Boy, *Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander 1998) y J. García Camiñas, “Posiciones metodológicas en el estudio del Derecho Romano: el pensamiento de M. Kaser” en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 7 (2003) 342ss.

8 Una primera aproximación al mundo de la argumentación jurídica en general se puede encontrar en: A. Weston, *Las claves de la argumentación*, 7ª ed (Barcelona 2002). Respecto de la argumentación de los clásicos conviene tener en cuenta la sintética aproximación de J. de Churrua, *Introducción histórica al Derecho Romano*, 8ª ed (Bilbao 1997) 172ss, así como los escritos de: W. Waldstein, “Entscheidungsgrunlagen der klassischen römischen Juristen”, en *ANRW* 15/2 (Berlin-New York 1976) 3ss. y A. Burdese, *Derecho Romano e interpretación del Derecho* (Granada 1998).

9 F. Horak, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo. 1. Band* (Aalen 1969) 77ss. Horak, distingue dos grandes grupos de motivaciones en los juristas romanos. En primer lugar aquellas motivaciones que se fundamentan en un procedimiento claro de deducción (subsunción) en las que encuadra los siguientes supuestos: a.- decisiones motivadas por la subsunción de una norma jurídica general o individual; b.- argumentación mediante la lógica y la gramática;

tener en cuenta a la hora de desarrollarlo, si bien no la voy a seguir plenamente para no hacer esta exposición excesivamente minuciosa y compleja. Expuestos de una manera breve y sintética en los escritos de los juristas clásicos cabe distinguir, entre otras, las siguientes formas de argumentación:

### **a.- la Argumentación de carácter lógico.**

A juicio de los especialistas,<sup>10</sup> ésta no fue la forma habitual de argumentar de los juristas romanos. El método lógico de la subsunción deductiva, para hallar la solución de un problema, presupone un sistema compacto y orgánico de normas, en que las materias se encuentran reguladas en codificaciones. La inexistencia de este sistema cerrado en Derecho Romano conducía, lógicamente, a que éste no fuera el más típico de los métodos empleados. No obstante, la existencia de pequeñas islas sistemáticas hacía que, para buscar la solución del problema, se comenzara por examinar y determinar a qué categoría jurídica pertenecía (por ejemplo, el contrato, el hurto, etc.), para luego, en consecuencia, aplicar lógicamente el conjunto de normas que regulaban esa categoría.

Veamos un ejemplo que extraemos de Dig 49,15,27 (Iav, *Post Lab* 9)<sup>11</sup> y en el quedan reflejados dos formas de argumentación jurídica: por una parte el argumento de autoridad y por otra la subsunción lógica:

“Unos bandidos te habían arrebatado un esclavo, y luego éste había ido a Germania; entonces, al ser vencidos los germanos en una guerra, ese esclavo había regresado. Labeón, Ofilio y Trebacio niegan que un comprador <de buena fé> pueda usucapir ese esclavo, pues la verdad es que fue hurtado, y no es impedimento para ello el que haya pertenecido a los enemigos y haya regresado por el postliminio”.

Con base en lo que dice el texto, podemos suponer perfectamente la controversia jurídica: ¿un comprador de buena fe puede adquirir por *usucapio* la propiedad de un esclavo robado que había pertenecido a los germanos?

En la respuesta se pone de manifiesto que no y Javoleno—jurista que vivió a caballo entre el siglo I y el II: miembro del *consilium* de Trajano y casi con toda seguridad de Adriano— fundamenta su decisión en que ya antes que él otros juristas como Labeón (muerto ca. 15 p. C.), Ofilio (amigo de César y Cicerón) y Trebacio (muerto 4 p. C.) lo habían decidido en ese sentido. La pregunta que se nos plantea es inmediata

---

c.- argumentaciones basadas en doctrina establecida en otras decisiones jurisprudenciales; d.- fundamentaciones basadas en la aplicación de reglas jurídicas (*regulae iuris*); e.- fundamentaciones mediante la construcción de los juristas. En un segundo gran bloque hace referencia a lo que podríamos considerar fundamentaciones verosímiles en las cuales la certeza esta excluida (*Wahrscheinlichkeitsbegründungen*); en ellas distingue los siguientes supuestos: a.- fundamentación basada en la controversia de los juristas o en puntos de vista concretos de éstos; b.- fundamentaciones que parten de la interpretación de términos del lenguaje común; c.- motivaciones basadas en la interpretación de la voluntad, particularmente en disposiciones de última voluntad; d.- interpretación que tiene como fundamento doctrinas filosóficas; e.- fundamentación basada en la costumbre; f.- motivaciones basadas en la analogía (por ejemplo: la interpretación extensiva o restrictiva, el *argumentum a contrario*) y en la *deductio ab absurdum* así como aquella que tiene particularmente en cuenta la naturaleza de las cosas.

10 Horak, [ n 9 ] 90 dice lo siguiente: “...dass reine Subsumtion in den Schriften der römischen Juristen kaum anzutreffen ist” (= que la pura subsunción apenas se encuentra en los escritos de los juristas romanos).

11 Iavolenus libro nono ex posterioribus Labeonis. Latrones tibi servum eripuerant: postea is servus ad Germanos pervenerat: inde in bello victis Germanis servus venierat. Negant posse usucapi eum ab emptore Labeo Ofilius Trebatius, quia verum esset eum subreptum esse, nec quod hostium fuisset aut postliminio redisset, ei rei impedimento esse. La traducción tanto de este como del resto de pasajes procedentes del Digesto que se citan en las presentes páginas proviene de la traducción efectuada al castellano: *El Digesto de Justiniano*, 3 vols (A. d’Ors, F. Hernández Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, traductores), (Pamplona 1968-1975).

¿por qué estos juristas se habían pronunciado en estos términos?. La contestación a la cuestión, en mi opinión, se puede obtener aplicando la deducción o subsunción lógica. Los juristas, tras estudiar el supuesto de hecho, lo ubican en la problemática derivada de la *usucapio*; por lo tanto le aplican las reglas existentes sobre dicha institución; en este punto, en el Derecho Romano, se estableció ya desde la época de las XII Tablas<sup>12</sup> un principio claro: no era posible adquirir por *usucapio* la titularidad de las cosas hurtadas (*res furtivae*). En nuestro caso, aunque no se dice nada en la respuesta, está claro que tanto Labeón, Ofilio, Trebacio como Javoleno han tenido en cuenta este principio, a la hora de pronunciarse sobre la cuestión y manifestar que el comprador del esclavo, que naturalmente ha pagado un justo precio, no va a poder llegar a adquirir la propiedad del mismo por la posesión ininterrumpida del esclavo durante un año, dado que el mismo es una *res furtiva*. La aplicación de una norma jurídica que no se menciona expresamente en la contestación está presente en su fundamentación.

### **b.- El argumento de autoridad.**

En este caso, las motivaciones vienen fundamentadas por el argumento ya utilizado por otro u otros juristas de prestigio que se acepta; la solución dada por ellos al caso se considera la más adecuada y el jurista se limita a poner de relieve en su fundamentación que sigue la solución de uno o varios juristas precedentes. Sirva como ejemplo el supuesto de hecho que acabamos de mencionar en el apartado dedicada a la argumentación de carácter lógico.

### **c.- El análisis lógico-gramatical.**

En ocasiones, lo que se efectúa por parte del especialista es un estudio gramatical, por ejemplo de una declaración de voluntad. Cuando no se sabe con precisión lo que ha pretendido la persona que ha manifestado unas determinadas palabras, se analizan las mismas, se tiene en cuenta por parte del jurista el alcance que habitualmente tienen dichos términos para, de esta manera, interpretar la voluntad de la persona que los ha empleado. Veamos el siguiente supuesto:

Dig 28,8,11 (Iav, *Post Lab* 4.)<sup>13</sup>: El que tenía un hijo liberto y lo había instituido heredero, escribió después así: “si no me quedase ningún hijo púber, sea libre el esclavo Dama”. <No tenía más hijo que> este hijo liberto impúber. Se preguntaba si Dama debía ser libre. Dice Trebacio que no, porque en el nombre de hijo también se comprende el que es liberto. Labeón se pronunciaba en contra diciendo que en este caso se ha de entender por hijo el verdadero <bajo potestad, que no tenía>. Apruebo la opinión de Trebacio siempre que se demuestre que el testador se refería a este hijo <liberto>.

En este texto vemos que se plantea un problema jurídico que tiene como base el sentido que se le da al término *filius*<sup>14</sup>: ¿hay que interpretar este término restringidamente y considerar sólo se refiere al *iustus o verus filius*, es decir al hijo biológico del testa-

12 Gai, 2, 45: *Nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet*. La *lex Atinia* (siglo II a. C.) abunda en esta misma idea y por Gelio, 17, 7 sabemos que establecía lo que sigue: *quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto* (=existe siempre ayuda respecto de la cosa que ha sido robada).

13 *Iavolenus libro quarto ex posterioribus Labeonis. Qui filium libertinum habebat, heredem eum instituerat, deinde ita scripserat: “si mihi filius nullus erit qui in suam tutelam veniat, tum Dama servus liber esto”; is filius pupillus libertinus erat: quaerebatur, si Dama liber esset. Trebatius negat, quis filii appellatione libertinus quoque contineretur: Labeo contra, qui eo loco verum filium accipi oportet. Trebatii sententiam probo, si tamen testatorum de hoc filio locutum esse apparet.*

14 Sobre sus significados en las fuentes jurídicas romanas véase: H. Heumann - E. Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11ª ed (Graz 1971) 215-216.

dor, o, por el contrario, el término cabe ser interpretado extensivamente para referirse a todas aquellas personas naturales o adoptadas que el *pater* tiene sometidas a su *potestas*?. Trebacio, que argumenta con base en el sentido que habitualmente se le da a la voz *filius* en el lenguaje de su época, se pronuncia en contra de la manumisión de Dama.

#### **d.- La reducción al absurdo.**

En este caso concreto el jurista, para justificar el por qué de su decisión resalta, de manera gráfica, lo absurdo que sería adoptar otra diferente; en las fuentes podemos encontrar una referencia en la que el jurista emplea incluso la expresión *absurdum est*. Al tratar sobre el derecho a deliberar que incumbe a los herederos, se plantea el caso siguiente: un tutor, en nombre de su pupilo o pupila, pide al magistrado, en concreto al pretor, tiempo para reflexionar sobre la aceptación de la herencia; el magistrado se lo concede y le prohíbe que, mientras tanto, disminuya los bienes. En este contexto nos encontramos con el siguiente pasaje de Ulpiano transmitido en Dig 28,8,7, 2 (Ulp, *Ed* 60)<sup>15</sup>:

“Veamos que quiere decir con “prohibiré que se disminuyan”. Con estas palabras, no sólo prohíbe el pretor la enajenación, sino que tampoco permite que se ejerzan acciones, pues es absurdo que al que se prohíbe la enajenación se le permita ejercitar acciones, como escribe Labeón”.

Como sabemos, un patrimonio puede estar compuesto por múltiples elementos; el activo, al margen de bienes concretos y determinados muebles o inmuebles también se puede constituir por cosas incorporeales como derechos de crédito; por lo tanto, la disminución de un patrimonio es factible que acontezca cuando cualquiera de sus elementos se hace desaparecer, sea porque se vende un bien, sea porque se ejercita la acción para hacer efectivo el derecho de crédito. Por ello, dice el jurista, parece absurdo que a una persona se le prohíba la venta y se le faculte el ejercicio de las acciones.

#### **e.- La analogía.**

Estamos ante una forma de argumentación frecuentemente empleada por los clásicos. El jurista romano para solucionar un caso, en sí mismo complejo, (A), lo pone en relación con otro, (B), cuya solución conoce; tras ello, al supuesto de hecho oscuro y problemático, (A), le aplica principios o normas del otro supuesto, (B), puesto que, a juicio del jurista, entre las dos relaciones jurídicas existe una semejanza interna profunda<sup>16</sup>. Véamos el siguiente texto de Gayo en *Inst*, 1, 165: <sup>17</sup>

“Por la misma ley de las XII Tablas se concede la tutela sobre las libertas y sobre los libertos impúberes a los patronos y a los descendientes de estos. Y esta tutela se llama también legítima, pero no porque aquella ley la regule expresamente, sino porque al haber sido aceptada por vía de interpretación es como si se hubiera introducido por las palabras de la ley; por aquello mismo de que las herencias de los libertos y de las

---

15 *Quid sit autem “deminui vetabo” videamus. His verbis praetor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur: est enim absurdum ei, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere, et ita Labeo scribit.*

16 La aplicación de la analogía lo encontramos, por ejemplo, en el ámbito procesal en las llamadas *acciones utiles* o *ad exemplum*.

17 *Ex eadem lege XII tabularum libertarum et inpuberum libertorum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. Quae et ipsa tutela legitima vocatur, non quia nominatim ea lege de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset; eo enim ipso quod hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, iusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere, quia et agnatos, quos ad hereditatem vocavit, eosdem et tutores esse iusserat.*

libertas, si morían intestados, la ley ordenaba que tenían que pertenecer a los patronos y a sus descendientes, pensaron los antiguos que la ley quería también que perteneciera a ellos la tutela, pues también a aquellos agnados que eran llamados a la herencia, a esos mismos les designaban tutores”.

Según la ley de las XII Tablas, en caso de que los libertos y libertas murieran sin testamento, sus patronos y descendientes se convertían en herederos. Cabe preguntarse qué pasaba con la tutela de los libertos y libertas impúberes. Gayo dice que se les aplica la misma solución que en la sucesión intestada de libertos y libertas; por lo tanto, de nuevo van ser los patronos y descendientes los llamados a la tutela; y a esta solución el jurista llega por analogía aplicando al supuesto de hecho B (quiénes están llamados a la tutela de los libertos y libertas impúberes) la misma regulación existente para el supuesto de hecho A (los patronos y descendientes son llamados a la herencia intestada se sus libertos).

### **f.- La ficción.**

Los juristas romanos no aplicaron directamente la ficción<sup>18</sup>; sugerían a los magistrados, por ejemplo el pretor, la introducción y aplicación de determinadas ficciones; con ello obviaban un obstáculo o impedimento que se opone a la concesión de, por ejemplo, una acción o a la aplicación de una ley. Mediante la ficción se aplican a una situación jurídica base las normas que deberían aplicarse en el supuesto de que se diesen unas determinadas circunstancias que no se dan (situación fingida).

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la *Lex Cornelia* del 81 a. C.; si un ciudadano romano era hecho prisionero pasaba a convertirse en esclavo del enemigo; la pérdida de libertad determinaba la negación de la capacidad para testar: ni se otorgaba validez al testamento anteriormente hecho ni en condición de esclavo cautivo se podía testar. Para paliar estos problemas surgió la citada ley estableciendo que la muerte del ciudadano se fingía, se entendía ocurrida en el momento de haber sido hecho prisionero, es decir cuando aún era libre y, por lo tanto, tenía capacidad para disponer de sus bienes por testamento. Esta ficción, que el ciudadano había muerto al ser hecho prisionero, la vemos mencionada en el siguiente pasaje de Juliano: Dig 28,1,12 (Jul, Dig 42)<sup>19</sup>:

“La ley Cornelia confirma la validez de los testamentos de los que murieron prisioneros del enemigo como si aquellos testadores no hubiesen caído en cautividad, y su herencia puede así pertenecer a cualquiera”.

### **g.- La formulación de reglas jurídicas<sup>20</sup>.**

En ocasiones los juristas para fundamentar la solución acuden reglas o principios más generales, que tienen un cierto grado de abstracción y se han obtenido a modo de

<sup>18</sup> Ficción viene de *fingere*: modelar en arcilla, formar o componer y finalmente imaginar o inventar [Sobre estos significados en la lengua latina en general, véase: Georges - Georges, [n 3] 2764-2765; sobre las acepciones del término en las fuentes jurídicas en particular puede controlarse, Heumann - Seckel, [n 14] 216]. La ficción jurídica supone siempre una invención, una creación que rompe con los cánones de la lógica y prescinde de la realidad jurídica.

<sup>19</sup> *Julianus libro quadragésimo secundo digestorum. Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenisissent, et hereditatis ex his eodem modo ad unumquemque pertinet.*

<sup>20</sup> Según Horak, [n 9] 116 los clásicos no emplearon habitualmente la palabra *regula*, ni hablaron de *regulae veterum* sino de *definitio*, *constitutio*, *traditio* o *vulgo dictum*; Analiza con detenimiento el concepto de regla: P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims* (Edimburg 1966) 49ss; Recoge las principales reglas romanas: J. Iglesias-Redondo, *Repertorio bilingüe de definiciones, reglas y máximas jurídicas romanas* (Madrid 1986).

resumen de la casuística. Estos principios no se presentan con la idea de tener vigencia sino que encierran mas bien un juicio de experiencia e indican que ese principio extraído de la casuística es pacífico.

El concepto de *regula* lo tenemos establecido en Dig 50,17,1 (Paul, *Plaut* 16)<sup>21</sup>: “Es regla la que describe brevemente cómo es una cosa. El derecho no deriva de la regla, sino que ésta se abstrae del derecho existente. Así, pues, mediante la regla se transmite una breve descripción de las cosas y, como dice Sabino, es a modo de resumen, que si falla en algo, resulta inútil”.<sup>22</sup>

A juicio de los especialistas es, sobre todo, en las escuelas jurídicas postclásicas donde se trabajó particularmente este aparato y fruto de ello es el título décimo-séptimo del libro quinquagésimo del Digesto: Sobre las diversas reglas del derecho antiguo.

Sin embargo, vamos a ver algún texto clásico no procedente de dicho libro, donde está presente como fundamento de la argumentación la aplicación de una regla jurídica, concretamente la de “*superficies solo cedit*” (lo construido o plantado cede al terreno). Como saben, existe una forma de adquisición de la propiedad denominada accesión que tiene lugar cuando una cosa se adhiere a otra, de manera natural o artificial, para integrarse ambas en una sola. Hay una cosa principal y otra accesoria, y el dueño de la principal se hace dueño de la accesoria; en el texto que vamos a reproducir vemos cómo se plantea el problema de la titularidad de los edificios construidos en un terreno ajeno: ¿pertenecen al propietario del suelo?. La respuesta de los juristas no deja lugar a dudas: pertenece al propietario del suelo todo lo que a él se le une. De los diversos textos que reproducen esta regla<sup>23</sup>, voy a tomar como referencia Gai, *Inst* 2, 73<sup>24</sup>, donde encontramos lo que sigue:

“Por otra parte, lo edificado por otro en nuestro terreno, aunque lo hubiera edificado a su cuenta, se hace nuestro por derecho natural, porque lo construido sobre él cede al terreno”.

Y esta doctrina se mantiene todavía en nuestros días como se deduce abiertamente del contenido del artículo 358 del código civil español que dice que: “Lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, .....pertenece al dueño de los mismos”, lo que obviamente sólo se puede comprender con base en dicha máxima.

Este ejemplo de clara recepción en nuestro derecho vigente de una regla jurídica formulada en el mundo romano me va a permitir adentrarme en el segundo apartado de la exposición que como he indicado anteriormente pretende, mediante algunos ejemplos, subrayar la continuidad histórica de algunas reglas jurídicas desde el mundo romano hasta la actualidad.

---

21 Dig 50,17,1 (*Paulus, libro sexto decimo ad Plautium*): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiosa est, perdit officium suum.*

22 Sobre esta fuente y su recepción en el concepto que de regla aparece en las Partidas alfonsinas véase mi artículo: “Sobre el concepto de regla jurídica de Partidas 7, 34, y sus posibles fuentes”, en el *homenaje a O. Guillot*, en vías de publicación y que verá la luz próximamente.

23 Cfr. por ejemplo: Dig 41,1,7,10; Dig 41,1,7,12 y Dig 43,17,3,7.

24 *Praeterea id quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.*



### 3.- MÁXIMAS JURÍDICAS Y PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO.

Como saben, a la caída del Imperio Romano en Occidente cualquier referencia que hagamos al Derecho Romano<sup>25</sup>, pasa por las legislaciones de los llamados pueblos bárbaros, entre los que juega un papel fundamental el pueblo visigodo. Pero la situación se modifica a partir del descubrimiento del Digesto<sup>26</sup> y su empleo en la formación jurídica desde los inicios del siglo XII en la Universidad de Bolonia<sup>27</sup>. Por lo que sabemos del desarrollo de una clase de la época<sup>28</sup>, en aquel momento histórico, jugaba un papel importante la obtención de principios jurídicos generales<sup>29</sup> que se empleaban como argumentos en las discusiones escolares y en las decisiones de casos prácticos. Estas máximas o brocardos provenían en parte del último título del Digesto, y en parte eran extraídos de su contexto original para ser usados como parte de una argumentación en cualquier materia, pasando de esta forma de reglas jurídicas aplicables a un caso concreto a máximas jurídicas de carácter general. Ello explica que en el último cuarto del siglo XII aparecieran colecciones de brocardos y que incluso fueran aceptados por los canonistas. En este contexto parece lógico el encontrar tanto en el *Liber extra*<sup>30</sup> de Gregorio IX que en el año 1234 promulgó una recopilación de decretales papales como, sobre todo, en el

25 Se puede conseguir una primera aproximación a la presencia del Derecho Romano en la historia jurídica europea, al margen de la obra ya citada de Koschaker, [ n 2 ] en las exposiciones sintéticas de por ejemplo: E. Molitor - H. Schlosser, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Trad. A. Martínez Sarrión. (Barcelona 1980); A. Fernández Barreiro, *La tradición romanística en la cultura jurídica europea* (Madrid 1992); Idem, *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea. Proyección histórica de la herencia jurídico-cultural romana* (Granada 1998) y P. G. Stein, *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Trad. C. Hornero y A. Romanos (Madrid 2001),

26 El Digesto aparece en tres partes conocidas como *Vetus*, *Infortiatum* y *Novum*. La división guarda escasa correspondencia con la estructura original: *Vetus* se corresponde con los libros 1 a 24.2; *Infortiatum* los libros 24.3 a 38 y *Novum* los libros 39 a 50. Tanto el origen de la división como la denominación de la parte intermedia como *infortiatum* son desconocidos. Es probable que sencillamente repita el orden de descubrimiento del Digesto. El cuarto volumen recibía el nombre de *Codex* aunque sólo tenía los 9 primeros libros del CJ. El quinto volumen recibía el nombre de Volumen *parvum* o *Authenticum* o sólo Volumen y en él se encontraba el resto de la obra justiniana.

27 Sobre el Renacimiento jurídico boloñés y la escuela de Bolonia véase por ejemplo: A. Iglesia, *La creación del Derecho. Una historia en la formación de un derecho estatal español. Manual 1* (Barcelona 1992) 349-375; H. J. Berman, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Trad. M. Utrilla (México 1996) 133ss.; M. T. Duplá Marín, "La recepción del Derecho Romano en el movimiento de unificación del derecho privado y la constitución europea", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 7 (2003) 274ss.

28 A saber 7 partes que iban de los estadios más sencillos a los más complejos; las tres primeras (introducción general a la ley, exposición del contenido de la ley y en tercer lugar la lectura del texto) estaban dirigidas a facilitar la comprensión de la materia objeto de estudio mientras que las restantes (recopilación de pasajes paralelos y contrarios, reelaboración de los principios jurídicos identificados en el texto, formulación de *distinctiones* y finalmente exposición del tema tratado con las cuestiones jurídicas debatidas) pretendían llevar a cabo una labor constructiva. Sobre ello por ejemplo: Berman, [ n 27 ] 137ss.

29 Sobre las reglas jurídicas romanas debe consultarse la obra de: B. Schmidlin, *Die römische Rechtsregeln* (Köln-Wien 1970) 120-142; para conocer su concepto, su recepción y su evolución en época medieval resulta imprescindible la ya citada obra de Stein, [ n 20 ].

30 como se sabe, es el nombre que se da a la compilación que en el año 1234 Gregorio IX promulgó de extractos de decretales papales y cuya edición se debe a Raimundo de Peñafort y que recibe el nombre de *Liber extra* puesto que estaba fuera (*extra*) del *Decretum* de Graciano, la publicación que en el año 1140 llevó a cabo el monje Graciano, con el nombre de *Concordantia discordantium canonum* y que intentaba conciliar aparentes contradicciones de los textos de naturaleza muy diversa (decisiones de los concilios, fragmentos de la Biblia, decretales de los papas, textos de los padres de la Iglesia, textos de Derecho Romano) que se encontraban en colecciones varias. Sobre ello véase una primera aproximación en Iglesia, [ n 27 ] 382ss. así como la múltiple literatura que se puede encontrar en J. Gaudemet, *Les sources du Droit canonique. VIII-XX siècles* (Paris 1993) 102ss donde se informa de una amplia bibliografía sobre el *Corpus Iuris Canonici*.

*Liber Sextus* – una colección promulgada por el papa Bonifacio VIII en el año 1298— un título final en el que se incluían 11 y 88 reglas jurídicas respectivamente.

La influencia boloñesa llega también a la península ibérica. Alfonso X el Sabio (1252-1284)<sup>31</sup> — monarca particularmente sensible en temas jurídicos y al parecer convencido de las virtudes del Derecho Romano por su tutor que había estudiado en Bologna—, culmina en el año 1265 su obra legislativa con las VII Partidas<sup>32</sup>. El último título —el trigésimo cuarto del libro o partido séptima se dedica a las Reglas del Derecho recogiendo un número de 37.

Y ciertas de estas reglas jurídicas mentadas directamente en los cuerpos jurídicos medievales junto con otras elaboradas por la doctrina científica han estado presentes en nuestra historia jurídica hasta el punto que algunas de ellas se han convertido en principios generales de derecho<sup>33</sup>. Desde mi punto de vista, ello cobra particular importancia si tenemos en cuenta que según el artículo primero de nuestro código civil, las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Principios que según el apartado 4 se aplicarán en defecto de ley o costumbre y sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico. Pero, ¿qué máximas jurídicas son las que se transforman en principios generales del Derecho?. Combinando los formulados por la ley y la jurisprudencia, a juicio de los especialistas, cabe decir que son necesarios los siguientes requisitos<sup>34</sup>:

1.- que la regla jurídica no establezca un principio opuesto a la ley;

31 La primera obra jurídica alfonsina fue dirigida a aquellos territorios en los cuales era necesario afirmar el poder del monarca y al caracer muchas de las villas y ciudades de su reino de fuero, Alfonso X les concedió un libro de fuero, el llamado Fuero Real. Tras esta obra acometió otra que no llegó a terminar y que recibe el nombre de Espéculo.

32 Como se sabe son múltiples las cuestiones que plantea esta obra atribuida generalmente a Alfonso X, cuestiones que van desde el nombre y momento de composición, pasando por su finalidad y significado, hasta su contenido y posible autoría, sin olvidar su fama y vigencia. Sobre todo ello puede ser de interés, por ejemplo, la siguiente literatura: A. Iglesia Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español. Manual 2* (Barcelona 1992) 13-20; Idem, “Alfonso X el Sabio y su obra legislativa: algunas reflexiones”, en *AHDE* 50 (1980) 531-561; F. Camacho Evangelista, “Las siete Partidas del Rey don Alfonso X el Sabio (un estado de la cuestión)”, en *Studi in onore di G. Grosso*, vol. V (Torino 1972) 475-516; J. R. Craddock, “La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio”, en *AHDE* 51 (1981) 365-418; A. García y García, “Un nuevo código de la primera partida de Alfonso X el Sabio. El MSHC:397/573 de la Hispanic Society of America”, en *AHDE* 33 (1963) 267-243; Idem, “La tradición manuscrita de las Siete Partidas” en *España y Europa. Un pasado jurídico común*, (Ed) A. Pérez Martín (Murcia 1986) 655-699; A. García Gallo, “El libro de las leyes de Alfonso el Sabio: del Espéculo a las Partidas”, en *AHDE* 21-22 (1950-1951) 345-528; Idem, “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, en *AHDE* 46 (1976) 609-670; A. Pérez Martín, “La obra legislativa alfonsina y puesto que en ella ocupan las Siete Partidas”, en *Glossae* 3 (1992) 9-63; Idem, “Las Siete Partidas, obra cumbre del derecho común en España”, en *Société d’histoire du droit. El Derecho común y Europa. Jornadas Internacionales de Historia del Derecho de El Escorial* (Madrid 2000) 21-34. Aunque no trata sólo de las Partidas sino de la totalidad de la obra legislativa de Alfonso X debe tenerse muy presente la obra de J. R. Craddock, *The legislative works of Alfonso X, el Sabio: a critical bibliography* (Valencia 1986) donde de manera exhaustiva se mencionan los manuscritos, ediciones y literatura (687 monografías o artículos) en los que se trata del monarca y de su obra así como L. M. García-Badell Arias, “Bibliografía sobre la obra jurídica de Alfonso X el Sabio y su época (1800-1985)”, en la *Revista de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense* (Madrid 1985) 287-318.

33 Véase al respecto por ejemplo: Y. Gallego - R. Herrero - C. Ibañez, “Los principios generales del Derecho” en *Interpretación y argumentación jurídica. Trabajos del Seminario de metodología jurídica*. Vol 1. M. Calvo García (editor) (Zaragoza 1995) 137ss; J. Mans Puigarnau, *Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia* (Barcelona 1979); F. Reinoso Barbero, *Los principios generales del Derecho en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid 1987); J. Arce y Flórez Valdés, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional* (Madrid 1990).

34 Vid.: Reinoso Barbero, [ n 33 ], 113ss; Mans Puigarnau, [ n 33 ] XVIIss.

- 2.- que la regla sea susceptible de aplicación al caso jurídico que se plantea;
- 3.- que la regla pueda considerarse un principio a la luz del Derecho Romano o de la tradición jurídica nacional;
- 4.- que haya sido reconocida en sentencia del Tribunal Supremo y
- 5.- que se citen las sentencias en las que se recoge el principio.

Pues bien, parece que cumplidas estas premisas, las reglas jurídicas romanas y máximas jurídicas medievales se transforman en principios generales de derecho con todo lo que ello implica a la luz de lo expuesto en el título preliminar.

Veámos seguidamente algún ejemplo que ilustre acerca de lo que acabo de reseñar: Todos conocemos la regla: *nemo dat quod non habet* (nadie da lo que no tiene) que aparece formulaba con diversas variantes como por ejemplo: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (nadie puede transmitir a otro más derecho que el que tiene) o como *nemo transfert si non habuit* (nadie transfiere si no tiene) o *nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit* (nadie puede dejar a su heredero más de lo que él mismo tiene).

De las diferentes variantes de esta regla encontramos varias referencias en el Digesto de Justiniano. Por una parte, en sede de adquisición de propiedad (Dig 41,1), hay un pasaje de Ulpiano— Dig 41,1,20 pr (Ulp, *Sab* 29) que dice lo siguiente: “la tradición de una cosa no debe ni puede transferir al que la recibe más de lo que tiene el que la entrega”<sup>35</sup>.

Por otra, encontramos también en otro pasaje de Ulpiano transmitido en Digesto 50,17,54 (Ulp, *Ed* 46), donde con carácter más general se dice expresamente: “*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*”, o, como he señalado ya, nadie puede transferir a otro más derecho que el que tiene. En el derecho hereditario encontramos en Dig 50,17,120 (Paul, *Ed* 12) de nuevo la regla: allí se dice que “*nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit*”, es decir, que nadie puede dejar a su heredero mas de lo que el mismo tenía, afirmación que aunque circunscrita a un caso concreto comparte el espíritu del principio general.

Cabe pensar que la regla en sus diversas variantes fue pácifica, pues forma parte de las recogidas en la Edad Media en nuestro derecho histórico, en concreto en Partidas 7,34,12: “E aun dixerón que ningun ome non puede dar mas derecho a otro en alguna cosa, de aquello que le pertenesce en ella”. Y también la encontramos en el *Liber sextus* de Bonifacio VIII, en concreto en 5,12,79 donde leemos: *Nemo potest plus iuris transferre in alium quam sibi competere dinoscatur*, es decir nadie puede transmitir a otra más derecho que el que a sí mismo se le haya reconocido.

Siendo una constante en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de los siglos XIX y XX <sup>36</sup>, para ilustrar acerca de su vigencia, únicamente voy a mencionar aquí la sentencia de 24 de mayo del año 2000 de la sala primera del Supremo, en la que, como vamos a ver, se hace referencia a ella como principio general de derecho. En esta causa los hechos sobre los que se planteaba la cuestión litigiosa eran los siguientes. En un matrimonio contraído en 1948, el esposo adquirió en diciembre de 1968, de la inmobiliaria Ingasa S. A., estando vigente la sociedad de gananciales, una vivienda sita en Sevilla. En 1978 el comprador, sin el consentimiento de su esposa, remite una comunicación a la citada inmobiliaria en la que le notifica haber cedido los derechos sobre el

35 *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit.*

36 Véase, entre otras, las sentencias siguientes: 2-12-1864; 9-12-1864; 27-11-1866; 11-1-1869; 9-7-1873; 5-6-1874; 5-2-1877; 25-10-1881; 20-11-1883; 18-2-1886; 24-11-1887; 26-2-1889; 29-10-1915; 26-4-1916; 31-12-1919; 17-12-1960; 3-5-1978; 20-11-1980 y 14-1-1983.

piso a una tercera persona y adjunta el DNI de dicha persona para los efectos de la escritura pública de compraventa. La escritura se formaliza entre la inmobiliaria en calidad de vendedora y la tercera persona en calidad de compradora. Así las cosas, se produce una demanda de la esposa, que no ha prestado su consentimiento a la operación, contra su esposo y la inmobiliaria citada solicitando la nulidad de la transmisión del dominio sobre la referida vivienda y la señalización de la misma como parte de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo, y así consta en el tercer fundamento de derecho, señala expresamente: “que la inmobiliaria Ingasa no podía transmitir el dominio puesto que *nemo dat quod non habet* o dicho mediante otra máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere*. La inmobiliaria Ingasa al limitarse a cumplir la instrucción del dueño lo único que hace es dar la apariencia formal de titularidad dominical; la disposición del bien solamente por el marido sin la intervención (codisposición) de la esposa o sin su consentimiento determina la invalidez del acto de disposición...”.

En la misma línea, regla con claro origen romano, recogida en la Edad Media y presente en la jurisprudencia actual, cabe mencionar la máxima de todos conocida: “*prior tempore potior iure*” (el primero en el tiempo es el primero en el derecho), que al igual que en la regla anterior podemos encontrar también en la variante “*qui prior est tempore, potior est iure*” (quien es primero en el tiempo, lo es también en el derecho), o “*sicut prior es tempore, ita potior es iure*” (conforme eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el Derecho).

Esta regla parece tener su origen en una constitución imperial del año 213 atribuida al emperador Antonino Caracalla y transmitida en el código de Justiniano, en concreto CJ 8,17,3<sup>37</sup> en la que se discute sobre la titularidad preferente en un supuesto de pluralidad de gravámenes sobre un mismo objeto. El rescripto dice lo que sigue: “Si recibiste en prenda el fundo, antes de que fuera obligado a favor del Estado (la República), así como eres anterior en el tiempo, así eres preferido en el derecho” (*sicut prior es tempore ita potior es iure*).

Cabe pensar que la utilización práctica de este criterio debió ser tan generalizada que por ello lo encontramos de nuevo en el *Liber sextus* de Bonifacio VIII, 5, 13, 54: “*Qui prior est tempore potior est iure*”.

En calidad de principio general de derecho nos consta su empleo en múltiples sentencias tanto del siglo XIX como del XX por el Tribunal Supremo<sup>38</sup>; sin reproducir supuestos tan distantes históricamente sirvan como ejemplo dos sentencias recientes. En la primera, la sala primera del Tribunal Supremo en sentencia de 26 de enero del año 2000 establece, con base en el principio reseñado, que en un caso de dos hipotecas sobre el mismo bien inmueble la hipoteca inscrita anteriormente prevalece sobre la inscrita después, reiterando con ello el principio de prioridad registral.

En la misma línea nos encontramos con otra sentencia de 27 de septiembre de 1996 de la sala primera del Tribunal Supremo que ante una doble venta de un bien inmueble, aplica lo establecido en el artículo 1473.2 del Código Civil<sup>39</sup> que, con base en la regla que estamos comentando, consagra el principio de prioridad registral matizando que si bien el principio no menciona la existencia de buena fe, la necesidad de que concurra este requisito es clara.

---

37 Imp. Antoninus A. Varo: *Si fundum pignori acceperis, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior es iure* (a. 213).

38 Cfr. por ejemplo: 27-1-1879; 10-03-1881; 5-1-1884; 1-6-1886; 26-5-1888; 31-12-1889; 2-7-1891; 13-2-1892; 17-6-1893; 9-1-1915; 18-3-1921; 21-3-1928, 3-11-1983.

39 si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Resumiendo lo dicho en este segundo apartado: en el derecho vigente, algunos de los principios generales de derecho que encontramos consagrados por la jurisprudencia tienen su origen sea en reglas jurídicas romanas sea en reglas jurídicas formuladas en la Edad Media.

Para poner punto final a esta breve aproximación al tema de las reglas jurídicas creo necesario plantear la cuestión en el espacio jurídico comunitario.

#### 4.- MÁXIMAS JURÍDICAS Y UNIÓN JURÍDICA EUROPEA<sup>40</sup>.

En este punto, me voy a permitir dar un gran salto histórico, pues en esta exposición no hay tiempo para esbozar los hitos básicos del la Recepción del Derecho Romano en los ordenamientos jurídicos vigentes. Ubiquémonos en nuestro actual momento histórico: como ciudadanos europeos del siglo XXI tenemos que afrontar el reto colectivo de hacer posible la convivencia de diferentes Estados, culturas, creencias, ideas, lenguas, valores o instituciones en un mismo espacio geopolítico: Europa. Por ello, es imprescindible la búsqueda de elementos comunes que faciliten la convivencia y el equilibrio entre las variadas formas de ser europeos. En calidad de juristas nos corresponde trabajar particularmente en la integración jurídica partiendo de la siguiente realidad: somos un conjunto de 25 países, en los que, están vigente sus propios derechos, sus propios códigos que, como sabemos en materia de derecho privado en algunos de los Estados europeos surgieron con la Ilustración<sup>41</sup> y que, en buena medida, en bastantes figuras jurídicas hunden sus raíces en el Derecho Romano. Pero, además de con las codificaciones nacionales o autonómicas, nos regimos por un conjunto de reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes emanados de los organismos comunitarios.

Por lo tanto, para lograr la unidad, la tarea del jurista comunitario pasa por el abandono progresivo de la legislación nacional y la asunción de principios jurídicos comunes<sup>42</sup>; curiosamente, nos corresponde deshacer el camino de las codificaciones estatales y volver a la fase anterior a las mismas; como es conocido, en los diferentes territorios europeos, ya desde la Baja Edad Media, estaba muy presente el *ius commune*, ese derecho surgido tras el descubrimiento de las fuentes jurídicas romanas y elaborado progresivamente por los juristas medievales tanto canonistas como civilistas y que, bien como directamente aplicable, bien como subsidiario regía por doquier<sup>43</sup>.

---

40 La integración de los diferentes Estados nacionales que constituyen la Unión Europea se fundamenta en varios tratados entre los que quizás sean el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (tratado CEE del 25 de marzo de 1957) y el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992 los pilares fundamentales. Sobre los múltiples tratados sobre los que se ha ido configurando la unión Europea véase por ejemplo: Araceli Mangas Martín-Diego J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed (Madrid 1999) 3-18 y F. Díez Moreno, *Manual de Derecho de la Unión Europea* (Madrid 2001) 33-72.

41 Código civil francés (1804); Código civil general austríaco (1811); Código civil español (1889) y BGB alemán (1900).

42 Subraya el trabajo que, para poder llegar a soluciones jurídicas fundamentadas, se está haciendo por parte de los tribunales comunitarios, los interesantes artículos de R. Knütel, "*Ius commune* y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión europea", en *TOPICA. Principios de Derecho y máximas jurídicas latinas* (Santiago de Compostela 2001) 15ss; Ídem, "Unidad jurídica europea y Derecho Romano", en *Derecho y argumentación histórica*, T. Peralta (ed), (Lleida 1999) 105-124.

43 Véase por ejemplo: P. G. Stein, "Roman Law, Common Law and civil law", en *Tulane law Review* 66 (1992) 1591-1603 y E. S. H. Schrage, "*Utrumque ius*. Über das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit in Vergangenheit und Zukunft", en *RIDA* 39 (1992) 383-412.

Está claro por consiguiente que encontramos en nuestra historia jurídica europea precedentes de principios jurídicos comunes, principios que estuvieron muy presentes a la hora de materializarse las correspondientes codificaciones. Ello explica el porque muchas instituciones jurídicas, reguladas en cada uno de los códigos de manera diferente, se fundamentan en los mismos principios generales; por ello, no debe extrañar demasiado que a la hora de armonizar la regulación de los diversos países comunitarios la solución más lógica parezca el retornar a los principios de derecho del *ius commune* —e indirectamente al Derecho Romano en el que se fundamentan— que determinaron las concepciones presentes en los diversos estados<sup>44</sup>.

Vayamos a un caso concreto sabemos que el Parlamento europeo, mediante acuerdo de 26 de mayo de 1989, invitó a los estados miembros de la Unión a unificar todo su Derecho privado, tanto el civil como el mercantil<sup>45</sup>. A la hora de materializa esta tarea (sea mediante un trabajo general que pretenda llevar a cabo un código para toda la unión europea, sean mediante trabajos parciales sobre materias puntuales y específicas como por ejemplo: el derecho de sociedades, el derecho de la responsabilidad o el derecho de obligaciones, etc.), lo que sí está claro es que la decisión sobre la regulación concreta a adoptar se fundamentará, en gran medida, en las normas vigentes en los códigos actuales; para inclinarse por una decisión u otra, por la regulación recogida en un código frente a otro, va a ser importante la valoración que se haga de cada uno de ellos, lo que presupone un conocimiento profundo de los principios sobre las que estos códigos subyacen.

Pero no sólo en el ámbito del desarrollo de un futuro derecho privado comunitario podrían jugar un papel las reglas jurídicas romanas. También en la actual Jurisprudencia comunitaria, sea del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (TJCE), sea de la Cámara de Recursos de la Oficina de Patentes de Munich (OEP), están presentes algunos principios jurídicos de indudable sabor romano<sup>46</sup> como por ejemplo: “*ne bis in idem*” (<que no se debe juzgar a un persona> dos veces por la misma causa<sup>47</sup>), “*audiat et altera pars*” (se debe escuchar a la otra parte <demanda en un juicio>)<sup>48</sup>, “*qui tacet consentire videtur*” (el que calla parece que otorga)<sup>49</sup>, “*nemini licet venire contra factum proprium*” (a nadie se le permite actuar contra lo que él mismo ha hecho)<sup>50</sup>, “*dies a quo non computatur*”<sup>51</sup> (el día desde el cual se establece un plazo no cuenta), “*falsa causa non nocet*” (una causa falsa no perjudica). “*a iure nemo recedera praesumitur*” (de nadie se presume que renuncie a su derecho), etc.

Como ejemplo de lo que digo centrémonos seguidamente en una decisión de la Cámara de Recursos de la Oficina Europea de Patentes, en concreto en una decisión del

44 Cfr. al respecto los múltiples artículos que en las *Actes du Colloque. Droit romain et identité européenne*, publicado como suplemento al tomo 41 (1994) de RIDA así como las monografías de: I. Nuñez Paz, *Derecho Romano, Derecho Común y contratación en el marco de la Unión Europea* (Oviedo 2000) y R. Zimmermann, *Roman Law, contemporary law, european law. The civilian tradition today* (Oxford 2001).

45 Documentos A-2-157/89, Boletín oficial de las Comunidades de 26 de junio de 1989 nr. C. 158/400.

46 Téngase en cuenta los artículos de Knüttel mencionados en la nota 42.

47 TJCE, Rec 1966, 12/1, asunto 18 y 35-65. Abogado general Roemer, 175 y 182ss; TJCE, Rec 1973/2, asunto 140/73. Abogado general Trabucchi, 1457ss; TJCE, Rec 1987/10, asunto 137/85. Abogado general Mischo, 4594, 4599ss.

48 Entre otras véase por ejemplo: TJCE, Rec 1974/2, asunto 17-74. Abogado general Warner, 1063, 1083, 1090ss.; TJCE, Rec 1979/1, asunto 85/76, 461; TJCE, Rec, 1986/7, asunto 40/85. 2321, 2348.

49 OEP, vol 11, 309.

50 TJCE, Rec, 1977/12, asunto 38/77. Abogado general Warner, 2217, 2226. OEP, vol 12, 144ss.

51 Véase por ejemplo: TJCE, Rec. 1987/1, asunto 152/85. Abogado general Mancini, 227ss.

24.04.1989<sup>52</sup>, en que la fundamentación se establece con arreglo a la máxima *accessio cedit principali* (lo accesorio sigue a lo principal). Esta regla jurídica tiene su origen en diversos pasajes del Digesto<sup>53</sup> entre los que quizás merezca la pena ser destacado Dig 34,2,19,13<sup>54</sup> donde Ulpiano discute sobre si unas piedras preciosas incrustadas en una joya de oro, tienen carácter accesorio o principal; rechaza el jurista el valor intrínseco como elemento determinante y establece que lo principal es el objeto constituido, mientras que lo accesorio es aquello que lo adorna y lo adjectiva; concluyendo: *ut accessio cedat principali* (para que lo accesorio acceda o ceda ante lo principal)<sup>55</sup>.

Este debate tiene interés para los clásicos en sede de modos de adquisición de propiedad, en concreto en la accesión. Como he señalado ya al hablar de la regla *superficies solo cedit*, la accesión tenía lugar cuando dos cosas se unían por obra natural o artificial dando lugar a un solo cuerpo. El dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesorio, por lo que es lógico que entre los juristas se diera una discusión sobre qué era accesorio y qué principal, pues cuando los objetos unidos en accesión eran de dos propietarios diferentes, el determinar quién de los dos era el titular de la cosa final pasaba por fijar quién lo era de la cosa principal.

Sin embargo el tribunal con sede en München aplica el principio en una situación muy diferente. El caso es el siguiente: una empresa de construcción de maquinaria había planteado un recurso en la oficina europea de patentes con base en una de sus actividades: “vehículos industriales”. Posteriormente la empresa traspasó la sección dedicada a vehículos industriales a otra sociedad. El problema jurídico que se suscitaba era si el traspaso de la sección “vehículos industriales” implicaba también el traspaso del “paquete de derechos procedimentales” que existían debido a la presentación del recurso en la Oficina de patentes. La Cámara de Recursos no tuvo problema alguno en considerar que el recurso presentado era parte inseparable del patrimonio transferido al afirmar lo siguiente: “si esta parte de la empresa, según el derecho nacional, puede ser transferida o cedida, entonces también el recurso, que es accesorio a ese patrimonio, debe ser transferido o cedido juntamente con el patrimonio, de acuerdo con el principio de que lo accesorio sigue en el derecho a lo principal (*accessio cedit principali*)”.

Voy a poner punto final a estas referencias jurisprudencias con una sentencia del tribunal de justicia de Luxemburgo<sup>56</sup> en el que el abogado general alude a dos reglas jurídicas de origen romano: a.- a nadie se le permite actuar contra lo que él mismo ha hecho (*nemini licet venire contra factum proprium*)<sup>57</sup> y b.- nadie que alegue su propia falta será atendido (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*)<sup>58</sup>.

52 OEP, vol, 15, 95, 97 = OEP, ABI 1989, 189ss.

53 En concreto Dig 34,2,19,13, Ver también Dig 33,8,2 y Dig 50,17,129,1. También Bonifacio VIII, en relación con este tema formuló otra máxima en *Liber sextus* 5,13,42: *Accesorium naturam sequi congruit principalis* (lo accesorio sigue de forma coherente la naturaleza en lo principal).

54 Ulp, Sap 20: Pasemos ahora a las piedras preciosas incrustadas en oro o plata. Y dice Sabino que son accesorias del oro o de la plata, es decir, de lo que es el objeto mayor, lo que dice con razón, pues siempre que tratamos de ver qué cosa es accesorio de otra, tenemos en cuenta cuál es la cosa para cuyo ornamento está la otra, de modo que lo accesorio acceda a lo principal; así pues, las piedras preciosas son accesorias al oro o la plata, cuando están incrustadas en una copa o en un plato.

55 En el derecho moderno véase por ejemplo: Arts. 696, 1018 y 1615 del Ccfrancés; art 818 del Ccitaliano; art 644 del Ccsuizo; parágrafos 314,401,926 y 2164 del Ccalemán.

56 Más consideraciones sobre ella, subrayando la errónea utilización de los Principios Generales de Derecho se encuentra en Knüttel, [ n 42 –2001 ] 33-34.

57 Se considera que tiene su origen en Dig 1,7,25 en que Ulpiano nos narra el intento de un padre de anular la decisión adoptada de emancipar a su hija.

58 Esta máxima, que no es clásica, se consideraba que se fundamenta en CJ 7,8,5 y 8,55,4 así como en Dig 12,5,3, y Dig 12,5,8. Lo que si se considera romano es declarar la nulidad del acto ilegítimo o inmorale.

La alegación de estas máximas acontece en el siguiente caso: El Consejo comunitario, en una directiva de 1971 acerca del control de la carne, preveía que en el país de procedencia de la carne se debería de emitir un certificado de aptitud para el consumo que habría de acompañar al lote exportado hasta su llegada al país comunitario de destino. En una directiva de 1983 los países comunitarios se obligaban a tomar las medidas necesarias para que se aplicara lo anterior. Una empresa holandesa (Moormann BV), que exportaba carne de ave a Alemania, resultó perjudicada por los controles fronterizos que efectuaba el Estado alemán y por el aumento de las tasas de control. Ante estas circunstancias se planteó una demanda en sede de tribunal administrativo federal alemán; éste, antes de pronunciarse sobre la cuestión, se dirigió al Tribunal de Justicia de Luxemburgo<sup>59</sup> planteando una cuestión prejudicial. El tribunal era de la opinión que cualquier ciudadano comunitario podía exigir a un Estado miembro que no había adecuado su legislación a las directivas comunitarias que lo hiciera con base en el artículo 5 del tratado de la Unión (establece la obligatoriedad de los Estados miembros de respetar los convenios), ya que el mismo entre otras cosas era expresión de las dos reglas anteriormente formuladas: nadie que alegue su propia falta será atendido y a nadie se le permite ir en contra de sus propios actos. Si el gobierno alemán había aceptado las directivas referidas a la circulación de carne tenía que cumplirlas y no podía alegar que las mismas no estaban en vigor en su país.

Me permito concluir la presente exposición reproduciendo las palabras de un juez del tribunal de patentes de München: “En la Cámara de Recursos de la oficina europea de patentes las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora, a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La gran cámara también consulta el Digesto. Así, quien quiera tener buenos resultados ante esta cámara debería olvidar las codificaciones de los diferentes estados de los tres últimos siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal como ha sido formulado de forma todavía bien comprensible, en latín”<sup>60</sup>.

---

59 TJCE, Rec 1988/8, asunto 190/87, 4689, 4711.

60 Bossung según Knütel, [ n 24-2001] 44.